



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 11080.017318/2002-73  
**Recurso** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** 9101-005.984 – CSRF / 1ª Turma  
**Sessão de** 09 de fevereiro de 2022  
**Recorrente** GOLDSZTEIN ADMINISTRAÇÃO E INCORPORAÇÕES LTDA.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Exercício: 1997, 1998, 1999, 2000

**RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO**

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. CONTEXTOS FÁTICOS E JURÍDICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência evidencia decisão em contexto fático distinto, concernente a incorporação de empresa lucrativa por deficitária para aproveitamento de prejuízos fiscais acumulados, e não para operação que converteu créditos incobráveis indedutíveis em ágio amortizável, mormente se no paradigma a penalidade também é afastada em razão de o lançamento ter sido formalizado contra a sucessora do contribuinte.

GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. CRITÉRIO DE RATEIO CONTEXTOS FÁTICOS E JURÍDICOS DIFERENTES. DIVERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Não se conhece de recurso especial cujo acórdão apresentado para demonstrar a divergência evidencia decisão em contexto fático distinto, concernente a rateio para atribuição de receitas definidas contratualmente mas não reconhecidas pelos sujeitos passivos, e não para rateio de despesas financeiras proporcionalmente aos empréstimos contratados e não repassados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – Presidente em exercício e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente).

## **Relatório**

Trata-se de recurso especial do contribuinte (fls. 2.387) interposto em face da decisão proferida pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara no Acórdão nº 1402-002.113 (fls. 2.324 e seguintes), na sessão de 01 de março de 2016, por meio do qual o Colegiado, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso voluntário.

O processo trata de autos de infração de IRPJ e de CSLL decorrentes de três infrações, conforme relato do acórdão recorrido, cujas informações essenciais reproduzimos a seguir:

### **1.1 - Glosa de perda em investimentos**

*A atuada aumentou sua participação social em empresa ligada - Spézia Participações Ltda. - apurando ágio para, em seguida, incorporar a mesma, escriturando um "custo na baixa de ágio oriundo de investimentos" no valor de R\$ 3.018.415,92, em 31/08/2000, levado ao resultado em 31/12/2000. O atuante considerou o valor indedutível, visto que teriam as empresas aparentado um ágio desproporcional na subscrição, impossível sob o aspecto econômico, ilógico sob a ótica empresarial, com a finalidade de diminuir o lucro tributável da incorporadora. Haveria um negócio simulado.*

(...)

### **Multa**

*Em razão do evidente intuito de fraude, houve aplicação de multa qualificada de 150%.*

### **1.2 - Glosa de despesas financeiras**

*O atuante verificou que, ao mesmo tempo em que a empresa tomava recursos no mercado financeiro, emprestava para acionistas, empresas ligadas e para terceira empresa. Alguns desses empréstimos tomados pela contribuinte foram repassados integralmente a outra empresa ligada, bem como os encargos respectivos, sem qualquer repercussão, portanto, nos resultados da atuada.*

*O agente do fisco afirma que, em relação a outros empréstimos, a empresa captava recursos a taxas superiores àquelas que exigia ao conceder empréstimos. Diz que as despesas financeiras dos empréstimos repassados não são necessárias à atividade da empresa e, por isso, são indedutíveis.*

### **1.3 – Glosa pela baixa de créditos com empresas ligadas**

*Crédito mantido junto a Gold Import Importação e Exportação Ltda. foi baixado em conta de resultado, por ter sido considerado incobrável. O atuante entende que o art. 340 do RIR/99 não admite a dedução a título de perda no recebimento créditos com pessoa jurídica que seja controlada, coligada ou interligada e adicionou o valor para fins de apuração do IRPJ e CSLL.*

Com a ciência das autuações, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 890), rebatendo as três infrações que lhe foram imputadas.

Em 26 de março de 2010, a 5ª Turma da DRJ de Porto Alegre deu provimento parcial à impugnação (fls. 2.198), apenas para excluir do total autuado o montante de R\$ 52.326,09 de tributos, mais multa e juros correspondentes.

Intimado da decisão, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 2.236), no qual, basicamente, repisou os argumentos da impugnação, novamente refutando as três infrações.

Em 29 de outubro de 2015, o contribuinte apresentou petição (fls. 2.315), informando desistência parcial do recurso voluntário, especificamente em relação à glosa na baixa de créditos com empresas ligadas.

Em 1º de março de 2016, a 2ª Turma da 4ª Câmara, no acórdão n. 1402-002.113 (fls. 2.324), proferido por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares de prescrição intercorrente e de nulidade do lançamento e, no mérito, negou provimento ao recurso voluntário.

A decisão teve a seguinte ementa:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ**

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000

INCORPORAÇÃO. ÁGIO INEXISTENTE E DECORRENTE DE ATOS SIMULADOS. GLOSA.

A despesa decorrente da baixa de ágio apurado mediante simulação é indedutível. Considera-se simulada a apuração de ágio sem fundamento econômico e com o intuito exclusivo de obtenção de vantagens fiscais.

GLOSA DE DESPESA FINANCEIRA NÃO NECESSÁRIA. REPASSE DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS A TERCEIROS. JUROS COBRADOS INFERIORES AOS INCORRIDOS OU PAGOS.

A diferença entre juros incorridos sobre empréstimos tomados junto a instituições financeiras e os cobrados pelo repasse a terceiros é indedutível, por constituir despesa desnecessária.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150% quando demonstrado o evidente intuito de fraudar o fisco.

TRIBUTOS DECORRENTES. CSLL.

A solução dada ao litígio principal, relativo ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, estende-se, no que couber, ao lançamento da CSLL, quando tiver por fundamento o mesmo suporte fático.

Com a ciência da decisão, o contribuinte apresentou recurso especial (fls. 2.387), alegando, em síntese, que:

- a) O ágio foi legítimo e decorreu da expectativa de rentabilidade futura;

b) Não pode prosperar a multa de 150%, pois a simulação imputada pela autoridade fiscal “é a relativa, ou seja, a dissimulação” e que, neste caso, há decisões do CARF que afastam a qualificação;

c) Em relação à glosa das despesas financeiras o acórdão utilizou um critério não previsto em lei, representado por uma “ilegal regra de proporcionalidade”.

O recurso especial do contribuinte foi objeto do despacho de admissibilidade de fls. 2.502, que lhe negou seguimento.

Contra a decisão, o contribuinte apresentou agravo (fls. 2.525), que foi parcialmente acolhido pelo despacho de fls. 2.550, nos seguintes termos:

Constato, ante o exposto, a presença dos pressupostos de conhecimento do agravo e a necessidade de reforma do despacho questionado. Proponho, assim, que o agravo seja ACOLHIDO PARCIALMENTE para DAR seguimento ao recurso especial relativamente aos dois pontos questionados pela interessada (qualificação da penalidade aplicada sobre glosa de perda de investimento e critério para determinação de despesas financeiras desnecessárias), mas com referência ao primeiro ponto (qualificação da penalidade aplicada sobre glosa de perda de investimento) apenas em relação ao paradigma nº 103-21.046.

No tocante à segunda matéria, o exame de agravo deu seguimento com base no paradigma 1401-001.026.

A Fazenda Nacional teve ciência do andamento processual e apresentou contrarrazões (fls. 2.580) ao recurso especial parcialmente acolhido, pugnando, em síntese, pelo seu desprovemento.

É o relatório.

## **Voto**

Conselheira Andréa Duek Simantob, Relatora.

### **Conhecimento**

O conhecimento do recurso especial do contribuinte, ao qual foi dado seguimento parcial pelo despacho em sede de agravo de fls. 2.550 e seguintes, não foi questionado pela Fazenda Nacional, apenas acontecendo em sede de sustentação oral, o que fez esta relatora, durante o julgamento alterar seu entendimento sobre o conhecimento.

Vale dizer que o contribuinte questionou duas matérias, a saber:

a) Qualificação da multa relativa à glosa de perda de investimento;

b) Critério para a apuração das despesas financeiras consideradas desnecessárias.

Entendo que para as duas matérias não restou demonstrada a divergência jurisprudencial, razão pela qual não ratifico o disposto no despacho de admissibilidade contido no agravo, eis que inexistente semelhança fática para os casos comparados.

Nos exatos termos da Declaração de Voto anexada no corpo deste acórdão, fica patente que o recurso especial não deve ser conhecido, efetivamente. Senão vejamos:

A análise do voto condutor do acórdão recorrido evidencia que a decisão de haver ou não simulação decorreu das circunstâncias específicas das declarações de vontade ali analisadas e do contexto fático que evidenciou a pretensão de converter créditos incobráveis e indedutíveis em ágio amortizável na apuração dos tributos incidentes sobre o lucro.

Já no paradigma admitido (nº 103-21.046), foi analisada operação de incorporação de empresa lucrativa por empresa deficitária do mesmo grupo diante da vedação do art. 33 do Decreto-lei nº 2.341/87 acerca da compensação de prejuízos fiscais da sucedida. E, para além de classificar a ocorrência como “simulação relativa” ou “dissimulação”, destacou o paradigma citado que os atos foram públicos e as operações devidamente escrituradas, para concluir que não estaria caracterizado o “evidente” intuito de fraude.

Assim, o Colegiado que proferiu o paradigma não só decidiu acerca da existência de “evidente intuito de fraude” em razão das características específicas da operação ali sob análise – distinta da constante nos presentes autos – como também afastou a qualificação da penalidade em razão de a exigência ter sido formalizada contra a sucessora.

Quanto às glosas de despesas financeiras, constata-se que no paradigma não foi a natureza do critério de rateio adotado que ensejou o cancelamento da exigência, mas sim a presunção decorrente da atribuição às contratantes, como receitas auferidas, de parcelas que foram previstas contratualmente mas não foram pagas.

Assim, também aqui os Colegiados que proferiram os acórdãos comparados tiveram em conta circunstâncias fáticas e jurídicas distintas, não se verificando o dissídio na interpretação da legislação tributária de regência.

Por tais razões, assim como consta na Declaração de Voto apresentada pela i. Conselheira Edeli Pereira Bessa, entende-se que inexistente aos casos comparados a devida semelhança fática, razão pela qual não conheço do recurso especial interposto.

*(documento assinado digitalmente)*

Andréa Duek Simantob

## Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

No exame de admissibilidade do recurso especial interposto pela Contribuinte consignou-se que:

a) Glosa da Perda de Investimento

O Sujeito Passivo argui que "não há qualquer acusação de ato efetivamente simulado, ou seja, a prática aparente de um, para simular outro. Os atos aconteceram, foram contratados e registrados e ninguém discorda disso."

Para fins de análise, tem cabimento transcrever excertos do acórdão apresentado como paradigma:

*Acórdão nº 101-94.127, de 28.02.2003:*

*IRPJ - SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO.- Para que se possa materializar, é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato aparenta, não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado. Portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de "evasão ilícita." (Ac. CSRF/01-01.874/94). IRPJ - INCORPORAÇÃO ATÍPICA - A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando negócio jurídico indireto.*

Examinando o acórdão paradigma verifica-se que traz o entendimento de que "se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de "evasão ilícita.""

O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que "a despesa decorrente da baixa de ágio apurado mediante simulação é indedutível. Considera-se simulada a apuração de ágio sem fundamento econômico e com o intuito exclusivo de obtenção de vantagens fiscais".

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados não se revelam discordantes, não restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial pelo Sujeito Passivo.

b) Insubstância da Multa de Ofício Proporcional Qualificada

O Sujeito Passivo procura demonstrar que "se os atos praticados são legais, embora possam significar elisão fiscal tributável, não resta configurado o dolo específico que permite o agravamento da multa, ocorrendo eventual negócio jurídico indireto."

Para fins de análise, tem cabimento transcrever excertos do acórdão apresentado como paradigma:

*Acórdão nº 103-21046, de 16.10.2002:*

*INCORPORAÇÃO ATÍPICA - NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO - SIMULAÇÃO RELATIVA - A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando um negócio jurídico indireto, na medida em que, subjacente a uma realidade jurídica, há uma realidade econômica não revelada. Para que os atos jurídicos produzam efeitos elisivos, além da anterioridade à ocorrência do fato gerador, necessário se faz que revistam forma lícita, aí não compreendida hipótese de simulação relativa, configurada em face dos dados e fatos que instruíram o processo. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - A evidência da intenção dolosa, exigida na lei para agravamento da penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal. O atendimento a todas as solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos públicos competentes, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidenciam má-fé, inerente à prática de atos fraudulentos. PENALIDADE - SUCESSÃO - A incorporadora, como sucessora, é responsável pelos tributos devidos pela incorporada, até a data do ato de incorporação, não respondendo por penalidades aplicadas posteriormente a essa data e decorrentes de infrações anteriormente praticadas pela sucedida (CTN, art. 132).*

Examinando o acórdão paradigma verifica-se que traz o entendimento de que "o atendimento a todas as solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos públicos competentes, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidenciam má-fé, inerente à prática de atos fraudulentos". O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que "cabível a imposição da multa qualificada de 150% quando demonstrado o evidente intuito de fraudar o fisco."

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados não se revelam discordantes, não restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial pelo Sujeito Passivo.

Esta Conselheira, à época atuando na assistência da Presidência da CSRF, propôs ao acolhimento do agravo apresentado contra a rejeição acima, e conseqüente seguimento do *recurso especial relativamente aos dois pontos questionados pela interessada (qualificação da penalidade aplicada sobre glosa de perda de investimento e critério para determinação de despesas financeiras desnecessárias), mas com referência ao primeiro ponto (qualificação da penalidade aplicada sobre glosa de perda de investimento) apenas em relação ao paradigma nº 103-21.046.*

No que se refere à qualificação da penalidade, firmou-se o seguinte entendimento acerca do dissídio jurisprudencial suscitado pela Contribuinte:

*A agravante principia sua defesa afirmando inexistir a dita simulação em atos societários relacionados a duas operações, que envolveram capitalização de mútuos e subsequente reconhecimento de ágio na perda de investimentos, dado que não existe a demonstração de um ato jurídico falseado, ou seja, que não represente o que aparenta. A acusação é de que um passo intermediário, não estaria bem, embora verdadeiro o ato praticado.*

Defende, assim, a insubsistência da multa qualificada de 150%, invocando o art. 102 do Código Civil e doutrina para firmar a inexistência de simulação. E reportando-se ao acórdão recorrido para destacar que, se não se contestam os *objetivos negociais finais* é porque os atos em si foram legais, contestando o Fisco, apenas, os seus efeitos tributários, reafirma a divergência em face dos paradigmas nº 101-94.127 e 103-21.046, acerca dos quais assim se consignou no despacho agravado:

## a) Glosa da Perda de Investimento

O Sujeito Passivo argui que "não há qualquer acusação de ato efetivamente simulado, ou seja, a prática aparente de um, para simular outro. Os atos aconteceram, foram contratados e registrados e ninguém discorda disso."

Para fins de análise, tem cabimento transcrever excertos do acórdão apresentado como paradigma:

*Acórdão nº 101-94.127, de 28.02.2003:*

*IRPJ - SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO.- Para que se possa materializar, é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato aparenta, não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado. Portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de "evasão ilícita." (Ac. CSRF/01-01.874/94). IRPJ - INCORPORAÇÃO ATÍPICA - A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando negócio jurídico indireto.*

Examinando o acórdão paradigma verifica-se que traz o entendimento de que "se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de "evasão ilícita.""

O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que "a despesa decorrente da baixa de ágio apurado mediante simulação é indedutível. Considera-se simulada a apuração de ágio sem fundamento econômico e com o intuito exclusivo de obtenção de vantagens fiscais".

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados não se revelam discordantes, não restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial pelo Sujeito Passivo.

## b) Insubsistência da Multa de Ofício Proporcional Qualificada

O Sujeito Passivo procura demonstrar que "se os atos praticados são legais, embora possam significar elisão fiscal tributável, não resta configurado o dolo específico que permite o agravamento da multa, ocorrendo eventual negócio jurídico indireto."

Para fins de análise, tem cabimento transcrever excertos do acórdão apresentado como paradigma:

*Acórdão nº 103-21046, de 16.10.2002:*

*INCORPORAÇÃO ATÍPICA - NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO - SIMULAÇÃO RELATIVA - A incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando um negócio jurídico indireto, na medida em que, subjacente a uma realidade jurídica, há uma realidade econômica não revelada. Para que os atos jurídicos produzam efeitos elisivos, além da anterioridade à ocorrência do fato gerador, necessário se faz que revistam forma lícita, aí não compreendida hipótese de simulação relativa, configurada em face dos dados e fatos que instruíram o processo. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - A evidência da intenção dolosa, exigida na lei para agravamento da penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal. O atendimento a todas as*

*solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos públicos competentes, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidenciam má-fé, inerente à prática de atos fraudulentos. PENALIDADE - SUCESSÃO - A incorporadora, como sucessora, é responsável pelos tributos devidos pela incorporada, até a data do ato de incorporação, não respondendo por penalidades aplicadas posteriormente a essa data e decorrentes de infrações anteriormente praticadas pela sucedida (CTN, art. 132).*

Examinando o acórdão paradigma verifica-se que traz o entendimento de que "o atendimento a todas as solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos públicos competentes, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidenciam má-fé, inerente à prática de atos fraudulentos". O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que "cabível a imposição da multa qualificada de 150% quando demonstrado o evidente intuito de fraudar o fisco."

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados não se revelam discordantes, não restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial pelo Sujeito Passivo.

O voto condutor do acórdão recorrido incorpora referências da decisão de 1ª instância e acrescenta outros argumentos para concluir pelo cabimento da multa qualificada:

[...]

O aumento de capital não traduzia a real intenção da empresa. Essa nunca teve interesse em aumentar sua participação na Gold Food, ao contrário, o interesse era sair do negócio. O aumento de capital não ocorreu porque se vislumbrava a possibilidade de lucros futuros na empresa Gold Food, ou porque o seu valor de mercado seria alavancado, mas porque a criação do ágio possibilitaria, num encadeamento de operações, a transformação de créditos incobráveis (e indedutíveis da base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social) em perdas em investimentos, essas sim, dedutíveis.

Os atos de alteração contratual que formalizaram o aumento de capital contêm declaração e cláusula não verdadeira, tendo a empresa incidido em simulação, matéria que já tratamos anteriormente. A razão única para a artificial criação do ágio foi a busca do prejuízo ao Fisco.

[...]

O autuante diz que (fls. 52): "Evidente fica que embora formalmente fizesse um aumento de capital, na verdade não tinha esta intenção, pois não se pretendia dar continuidade à atividade fim, tanto que foi alienada. O objetivo foi de produzir um resultado (perda) diferente daquele que foi ostensivamente indicado. E, fundamentalmente buscou o prejuízo do Fisco.

[...]

O inciso I trata de elementos materiais que podem dar fundamento econômico ao ágio e os dois outros incisos referem elementos imateriais, incorpóreos, que podem justificar o sobrevalor incorrido na aquisição da participação societária.

Não há qualquer elemento no processo que indique a existência desses elementos imateriais a justificarem o ágio. Ao contrário, a empresa era deficitária e não

consta que tivesse reputação no mercado, clientela ou outra razão que justificasse o investimento.

Mas, principalmente, há a declaração expressa da contribuinte de que o interesse era encerrar as atividades da empresa, vejamos o que está dito na impugnação (fls. 936/937, sublinhei):

[...]

São as próprias informações da impugnante que confirmam a tese fiscal: a autuada não queria aumentar sua participação societária na Spézia, o ágio apurado na operação é fictício, não havia qualquer motivo negocial a justificá-lo.

Com isso, tenho por acertada a autuação ao considerar que os ágios registrados nos aumentos de capital não podem produzir efeitos tributários, pois a declaração de vontade expressa nos instrumentos de subscrição do aumento de capital, que gerou os ágios era enganosa e buscava produzir efeitos diversos dos indicados. Nem tinha fundamento o ágio em função de rentabilidade futura (Gold Food), nem tinha fundamento o ágio decorrente de “fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas (Spézia).

[...]

Em relação ao desenho da operação realizada pela RECORRENTE, não se pode olvidar que o contribuinte tem o direito de estruturar o seu negócio de maneira que melhor lhe convém, com vistas à redução de custos e despesas, inclusive à redução dos tributos, sem que isso implique, necessariamente, qualquer ilegalidade.

Entretanto, o que não se admite atualmente é que os atos e negócios praticados se baseiem numa aparente legalidade, sem qualquer finalidade empresarial ou negocial, para disfarçar o real objetivo da operação, quando unicamente almeje reduzir o pagamento de tributos.

[...]

Portanto, o procedimento adotado pela autoridade fiscal encontra-se em total sintonia com os princípios da legalidade e da livre iniciativa, encontrando eco não só na doutrina, mas também na jurisprudência, inclusive do Pretório Excelso. Também não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica ou de atos jurídicos. O que houve, na prática, foi uma requalificação dos atos realizados pelo contribuinte, prática adotada como regra de calibração do sistema (conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior), ou de “neutralização de esperteza”, nas palavras de Marco Aurélio Greco.

No caso concreto, ressaltam aos olhos o posicionamento artificial da RECORRENTE em face das leis de regência de cunhos societário e fiscal.

[...]

Como visto, os indícios, ou fatos conhecidos, são as bases para construção da prova. No caso concreto, a Fiscalização demonstrou de forma inequívoca uma série de fatos e apontou como única finalidade destes a dedução valores relativos a créditos com empresas ligadas travestidos de perda de capital, a fim de que pudessem ser excluídos do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Todos os indícios coligidos possuem consistência e vínculo com a infração apontada.

[...]

Nesse cenário, conclui-se, sem sombra de dúvidas, que os atos artificiais e sequenciais levados a efeito pela RECORRENTE produziram efeitos fiscais absolutamente diversos daqueles que os fatos efetivamente ocorridos produziram: os créditos incobráveis junto a empresas ligadas, que efetivamente seriam indedutíveis das bases de cálculo de IRPJ e CSLL, foram transformados em custo do investimento, dando ensejo à apuração de perda de capital no momento de sua extinção por incorporação.

Por fim, cabe ressaltar que as normas legais citadas pelo autuante não abrigam aqueles que se posicionam artificialmente diante dela. Nada impede que os contribuintes busquem formas de pagar menos tributos, mas o procedimento deve estar dentro daquilo que é autorizado pelo ordenamento jurídico, mas sem o mascaramento dos atos praticados para se atingir esses objetivos, como é o caso dos autos. De igual forma, o princípio da livre iniciativa insculpido na Constituição Federal não possui o condão de transformar os fatos efetivamente ocorridos.

[...]

Por fim, é imperioso esclarecer que a autuação baseia-se exclusivamente no passo intermediário da reorganização societária e dos seus efeitos tributários. Não se contestam, pois, os objetivos negociais finais da reorganização.

Assim sendo, entendo que o lançamento em questão, bem como a decisão recorrida, não estão em descompasso com a legislação vigente.

Por esses motivos, nego provimento ao recurso em relação à glosa da perda em investimentos.

No que atine à multa qualificada, entendo preenchido o requisito de dolo no conjunto de atos simulados praticados, caracterizando a fraude a que alude o art. 72 da Lei nº 4.502/64, situação suficiente para justificar a exasperação da penalidade então prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Nego, portanto, provimento ao recurso voluntário em relação à multa qualificada cominada à infração em questão.

Ocorre que, no primeiro paradigma apresentado pela interessada (Acórdão nº 101-94.127, proferido nos autos do processo administrativo nº 16327.001715/2001-26), não se decidiu que se os atos praticados são ilegais, embora possam significar elisão fiscal tributável, não resta configurado o dolo específico que permite o agravamento da multa, ocorrendo eventual negócio jurídico indireto. Aliás, no referido paradigma sequer foi discutida a possibilidade, ou não, de qualificação da penalidade aplicada. A abordagem centrou-se na validade da incorporação de empresa lucrativa por empresa deficitária do mesmo grupo econômico, e na infração que esta operação representaria à vedação de compensação de prejuízos fiscais de sucedida, expressa no art. 33 do Decreto-lei nº 2.341/87. Concluindo que somente há simulação quando os atos praticados não podem ser realizados por vedação legal ou qualquer outra razão, firmou-se a possibilidade de o empresário escolher o caminho que lhe traga maior economia de tributos, e assim a glosa de compensação de prejuízos foi afastada, exonerando-se integralmente o crédito tributário lançado, sem qualquer análise acerca dos requisitos para aplicação da multa qualificada.

Já no segundo paradigma (Acórdão nº 103-21.046, proferido nos autos do processo administrativo nº 11040.001472/96-36), apreciando operação semelhante à descrita no primeiro paradigma, o Colegiado observou que a sociedade incorporadora já havia sucumbido anteriormente *por força dos resultados adversos sofridos nos últimos anos*, inclusive vendendo seu imobilizado, com plena ciência das intervenientes no ato de incorporação, caracterizando-se simulação. Apesar disso, a qualificação da penalidade foi afastada porque:

58. Em face de tais circunstâncias, vejo-me diante de muitas dificuldades para caracterizar a "evidência" exigida pela lei, cumulada com o "intuito de fraude" (este de caráter manifestamente subjetivo), pelas seguintes razões:

a) as empresas envolvidas nas operações acoimadas de simulatórias são todas sociedades anônimas, em razão do que os atos praticados impõem divulgação e registro nos órgãos públicos, o que foi feito;

b) todas as operações estavam devidamente lançadas na escrituração comercial e fiscal, não se vislumbrando qualquer hipótese de ocultação ou resistência a fornecimento de informações ou documentos solicitados pela Fiscalização;

c) foram cumpridas, junto à Receita Federal e demais órgãos públicos, as formalidades próprias aos atos de incorporação.

59. O que não padece de dúvidas é a intenção do contribuinte em economizar imposto, tendo ele praticado todos os atos que entendeu válidos, na forma da lei. Se conseguiu o "desideratum" é outro aspecto da questão, mas daí a afirmar-se estar configurado um "evidente" intuito de fraude há, no meu juízo, um considerável distanciamento.

60. Em assim sendo, não se pode olvidar que o Código Tributário Nacional, em seu Livro II - Normas Gerais de Direito Tributário, no capítulo IV que trata da Interpretação e Integração da Legislação Tributária, acha-se incluído no art. 112, que dispõe:

[...]

Em face das diretrizes estabelecidas pelo art. 112 do CTN, acima transcrito, e ante as circunstâncias apontadas, entendo não estar configurada a evidência do intuito de fraude, exigência legal para agravamento da penalidade, a recomendar a aplicação da multa destinada às infrações não dolosas, prevista no art. 992, in 'so I, do RIR/94, então vigente

Nestes termos, impõe-se reconhecer que a divergência restou demonstrada porque no acórdão recorrido a artificialidade das operações foi suficiente para justificar a qualificação da penalidade, ao passo que no paradigma, apesar de confirmada a simulação, não se vislumbrou evidente intuito de fraude em face de atos públicos, devidamente escriturados e informados em declarações ao Fisco.

Assim, o despacho agravado deve ser parcialmente reformado para dar seguimento ao recurso especial relativamente à qualificação da penalidade, mas apenas em relação ao paradigma nº 103-21.046.

Contudo, a análise do voto condutor do acórdão recorrido evidencia que a decisão de haver ou não simulação decorreu das circunstâncias específicas das declarações de vontade ali analisadas e do contexto fático que evidenciou a pretensão de converter créditos incobráveis e indedutíveis em ágio amortizável na apuração dos tributos incidentes sobre o lucro. Diante de tal artificialidade, admitiu-se a requalificação dos fatos e a exigência do crédito tributário devido com o acréscimo de multa qualificada sob a afirmação de ocorrência de fraude.

Já no paradigma admitido (nº 103-21.046), foi analisada operação de incorporação de empresa lucrativa por empresa deficitária do mesmo grupo diante da vedação do art. 33 do Decreto-lei nº 2.341/87 acerca da compensação de prejuízos fiscais da sucedida. E, para além de classificar a ocorrência como "simulação relativa" ou "dissimulação", destacando que os atos foram públicos e as operações devidamente escrituradas, para concluir que não estaria

caracterizado o “evidente” intuito de fraude, o voto condutor do paradigma traz adicionalmente que:

62. Contudo, no decorrer da exposição dos argumentos formulados por este relator, alguns dos Ilustres Membros deste Colegiado ponderaram que a penalidade objeto da autuação hostilizada não foi aplicada a qualquer das empresas investigadas pela Fiscalização - nem à SUPREMA, nem à SUPRARROZ - mas à empresa "holding", que já as houvera absorvido à época do lançamento fiscal.

63. Nessas circunstâncias, lembraram a existência de diversos julgados perfilhando a tese de que o artigo 132 do CTN restringe a responsabilidade da incorporadora aos tributos devidos pela incorporada, não podendo imputar-se à sucessora penalidades aplicadas posteriormente à data da sucessão, e decorrentes de infrações anteriormente praticadas pela sucedida e somente apuradas e lançadas após o ato de - incorporação.

64. Em face dessas condições, o posicionamento do Colegiado fixou-se no sentido de que entendimento contrário, a par de não se harmonizar com as diretrizes estabelecidas no art. 132 do Código Tributário Nacional, conflitaria com o princípio de que a pena não deve atingir terceiras pessoas que não o infrator.

65. Entretanto, no caso de penalidade pecuniária, se esta pré-existisse ao ato de absorção, a incorporadora não poderia ignorar o ônus financeiro já devido, devendo por ele responder. Mas este não é o caso dos autos, conforme já esclarecido.

Assim, o Colegiado que proferiu o paradigma não só decidiu acerca da existência de “evidente intuito de fraude” em razão das características específicas da operação ali sob análise – distinta da confrontada nestes autos – como também afastou a qualificação da penalidade em razão de a exigência ter sido formalizada contra a sucessora, sendo que este diferencial, inclusive, foi destacado na ementa do paradigma:

EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - A evidência da intenção dolosa, exigida na lei para agravamento da penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser incontestada e demonstrada de forma cabal.

O atendimento a todas as solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos públicos competentes, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidenciam má-fé, inerente à prática de atos fraudulentos.

PENALIDADE - SUCESSÃO - A incorporadora, como sucessora, é responsável pelos tributos devidos pela incorporada, até a data do ato de incorporação, não respondendo por penalidades aplicadas posteriormente a essa data e decorrentes de infrações anteriormente praticadas pela sucedida (CTN, art. 132).

Não é possível, portanto, inferir se o Colegiado que proferiu o paradigma adotaria a mesma decisão caso estivesse frente a uma exigência que não atraísse semelhante aplicação do art. 132 do CTN. Conclui-se, daí, que as soluções distintas dadas nos casos comparados decorreram da dessemelhança entre as circunstâncias fáticas e jurídicas analisadas.

Quanto à glosa de despesas financeiras, o acolhimento do agravo se deu sob os seguintes fundamentos:

A agravante prossegue abordando as despesas financeiras glosadas e questionando a *admissão, pelo acórdão, de utilização de critério não previsto em lei pela fiscalização*. Diz que os valores entregues a coligadas ou controladas não seria repasses de

empréstimos, mas sim pagamentos de dívidas. Observa que a apuração feita *tem origem em entendimento da Fiscalização, por força do qual, sem o devido suporte jurídico-tributário, estabeleceu-se uma ilegal regra de proporcionalidade (fls. 55 dos autos) para aferição da insuficiência de juros cobrados, em que a mesma relação percentual entre empréstimos Ativos e Passivos deveria ser observada para a determinação do percentual dos juros Ativos, ou seja, Receitas, e dos juros Passivos, isto é, Despesas.* Acrescenta que os juros de 1% seria superiores aos rendimentos da Caderneta de Poupança, e argumenta que o critério só seria válido se a *Fiscalização demonstrasse todos os casos em que teria ocorrido situações de prejuízo à Empresa, com os consequentes reflexos tributários.*

A decisão recorrida, ao aceitar, *expressamente, a utilização de um critério não previsto em lei para possibilitar o lançamento, desde que ele fosse "lógico",* divergiria do paradigma nº 1401-001.026, proferido no processo administrativo nº 15521.000140/2007-51, no qual não foi admitida a utilização de *critérios não previstos em lei, para fundamentar os cálculos que irão suportar o lançamento.*

O acórdão recorrido, incorporando as razões expostas pela autoridade julgadora de 1ª instância, assim expressa acerca da questão:

A RECORRENTE contesta o método de cálculo adotado pela Fiscalização. A decisão recorrida explicita o critério adotado:

*A fórmula inicialmente estabelece uma relação entre o total dos mútuos a receber e o total dos empréstimos tomados. O valor resultante identifica quanto dos valores tomados no mercado foram repassados. Após, a multiplicação desse índice pelo total de encargos financeiros incorridos no período vai demonstrar quanto desses encargos são referentes aos empréstimos repassados a terceiros. A despesa desnecessária é apurada, então, pela diferença entre esse valor de encargo que corresponde aos empréstimos concedidos e os encargos efetivamente cobrados.*

*A aplicação da fórmula alcança o objetivo de ver quantificada a despesa desnecessária. Em singelo exemplo temos que, se a empresa, em determinado período, tomar um empréstimo de R\$ 1.000,00 incorrendo em R\$ 100,00 de encargos e emprestar, no mesmo período, R\$ 500,00 cobrando encargos financeiros de R\$ 40,00, a aplicação da fórmula demonstrará que houve uma despesa desnecessária de R\$ 10,00.*

Para a RECORRENTE o lançamento seria nulo por tal critério não estar previsto em lei. Além disso, o cálculo levado a cabo no lançamento causaria distorções no resultado apurado. Discordo de ambos os argumentos.

Em primeiro lugar, haveria sim de se adotar um critério para realizar o lançamento. Os valores que ingressaram nas disponibilidades da RECORRENTE em razão dos empréstimos obtidos, e os posteriores mútuos concedidos não são coincidentes em datas e valores, e nem precisariam ser para caracterizar o prejuízo obtido pela empresa em operações estranhas ao seu objeto social.

Além disso, o contribuinte fazia lançamentos englobados no último dia de cada mês, impossibilitando o cálculo diário e por rubrica específica, o que, ao menos em tese, seria o ideal para o caso concreto, como bem ficou elucidado em razão do resultado da diligência determinada pela turma julgadora de primeira instância.

Diante de tal cenário, o que faria a autoridade lançadora? Deixaria de proceder ao lançamento ou procuraria um critério lógico para cálculo das despesas financeiras?

Nesse cenário, rejeito a arguição de nulidade do lançamento.

No paradigma apresentado, examinando rateio de receitas e resultados em *Contrato de Engenharia, Suprimento e Construção*, o Colegiado firmou o seguinte entendimento:

A Autoridade Fiscal, para chegar ao critério de rateio das receitas imputadas à Recorrente, como consequência do Contrato EPC, utilizou-se do seguinte método:

Primeiramente, a Autoridade Fiscal identificou que parte dos pagamentos realizados pelas Contratantes em decorrência do projeto foi feito diretamente em favor de duas sub-contratadas, quais sejam Petrobras e Setal SP (registre-se que a Petrobras figura como contratante e como sub-contratada na execução do Projeto Cabiúnas).

Foram realizados, ainda, pagamentos à Recorrente e à *joint venture* formada pela Toyo Co. e pela Setal Overseas (remetidos pela Cabiúnas Co. ao Japão), sendo que os valores destinados aos quatro beneficiários desses pagamentos totalizaram US\$590.631.845,14 (valor total do Contrato EPC), divididos da seguinte forma:

[...]

A partir dessas informações, a Autoridade Fiscal concluiu:

*Como conclusão, a partir dos esclarecimentos e documentos acima citados, infere-se que dos 4 (quatro) "beneficiários", 2(dois) correspondiam a sub-contratados (PETROBRAS e SETAL) e, os outros 2(dois), às empresas integrantes do consórcio contratado (JOINT VENTURE e TOYOSETAL), sendo que, no que se refere a esses dois últimos, os pagamentos efetuados em favor da Joint Venture foram encaminhados ao Japão. (fl. 116)*

Neste sentido, a Autoridade Fiscal segregou os valores pagos às sub-contratadas da Recorrente, dos valores que foram pagos aos Contratados, ou seja, *joint venture* (entre Toyo Co., Setal Overseas) e Recorrente.

A *joint venture* formada entre Toyo Co. e Setal Overseas receberam, conjuntamente, a quantia de US\$55.963.904,94 e a Recorrente recebeu a quantia de US\$202.312.709,22, totalizando a quantia de US\$258.276.614,10. Diante desse valor total, a *joint venture* (entre Toyo Co. e Setal Overseas) recebeu o percentual de 21,67% (US\$ 55.963.904,94) e a Recorrente recebeu o percentual de 78,332% (US\$202.312.709,22).

Encontrados esses percentuais, a Autoridade fiscal adotou tais grandezas como sendo a participação das empresas no resultado final do Contrato EPC. Como o valor global do Contrato EPC foi de US\$ 590.631.845,14, atribuiu-se à Recorrente 78,332% desse valor, ou seja, US\$462.652.529,09.

Em que pese o esforço realizado pela Autoridade Fiscal, não encontro qualquer amparo legal para esse tipo de medida, nem mesmo se caracterizada a existência do consórcio, *ad argumentandum tantum*.

O lançamento tributário não pode trazer surpresas. Não se aceita, no ordenamento jurídico brasileiro, que se exerça a atividade tributária fora daquilo que a lei permite. E essa impossibilidade está expressamente definida, não só pelo princípio da legalidade constante do art. 150, inciso I da Constituição da República, como também do art. 3º do Código Tributário Nacional, que diz que a atividade tributária “é plenamente vinculada” à lei.

Finalmente, insta ressaltar que não existe nenhuma previsão que permita o arbitramento e a segregação de receitas da forma como realizado. Apesar de ser clara a intenção da Autoridade Fiscal em adotar um critério lógico, para o

arbitramento ser válido no ordenamento jurídico brasileiro é necessário que exista também e principalmente a legalidade –o que não encontrei na hipótese.

Apesar de o acórdão recorrido tratar de segregação de despesas, e o paradigma de segregação de receitas, confirma-se a divergência suscitada porque, nestes autos, o Colegiado entendeu válida a conduta fiscal de procurar *um critério lógico para cálculo das despesas financeiras*, ao passo que, no paradigma, a intenção de *adotar um critério lógico* para segregação das receitas e resultados foi invalidade por ausência de previsão legal.

Assim, também neste ponto o despacho agravado deve ser reformado.

Neste ponto, apesar do alinhamento acima referido, constata-se que no paradigma não foi a natureza do critério de rateio adotado que ensejou o cancelamento da exigência, mas sim a presunção decorrente da atribuição às contratantes, como receitas auferidas, de parcelas que foram previstas contratualmente mas não foram pagas. A objeção do Colegiado que proferiu o paradigma, assim, não se dirigiu ao critério de rateio adotado, mas sim ao arbitramento da base de cálculo sobre a qual ele foi aplicada, com a consequente presunção de receitas auferidas e submetidas à tributação. O Colegiado *a quo*, por sua vez, validou a limitação da dedutibilidade das despesas na proporção equivalente aos empréstimos que foram captados e não repassados. Logo, para além de se tratar de critério de dedutibilidade de despesas, não houve qualquer arbitramento da base sobre a qual o rateio foi aplicado.

Assim, também aqui os Colegiados que proferiram os acórdãos comparados tiveram em conta circunstâncias fáticas e jurídicas distintas, não se verificando o dissídio na interpretação da legislação tributária de regência.

De fato, nos termos do art. 67 do Anexo II do RICARF, o recurso especial somente tem cabimento se a *decisão der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado* outro Colegiado deste Conselho. Por sua vez, para comparação de interpretações e constatação de divergência é indispensável que situações fáticas semelhantes tenham sido decididas nos acórdãos confrontados. Se inexistir tal semelhança, a pretendida decisão se prestaria, apenas, a definir, no caso concreto, o alcance das normas tributárias, extrapolando a competência da CSRF, que não representa terceira instância administrativa, mas apenas órgão destinado a solucionar divergências jurisprudenciais. Neste sentido, aliás, é o entendimento firmado por todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como são exemplos os recentes Acórdãos nº 9101-002.239, 9202-003.903 e 9303-004.148, reproduzindo entendimento há muito consolidado administrativamente, consoante Acórdão CSRF nº 01-0.956, de 27/11/1989:

Caracteriza-se a divergência de julgados, e justifica-se o apelo extremo, quando o recorrente apresenta as circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados. Se a circunstância, fundamental na apreciação da divergência a nível do juízo de admissibilidade do recurso, é “tudo que modifica um fato em seu conceito sem lhe alterar a essência” ou que se “agrega a um fato sem alterá-lo substancialmente” (Magalhães Noronha, in Direito Penal, Saraiva, 1º vol., 1973, p. 248), não se toma conhecimento de recurso de divergência, quando no núcleo, a base, o centro nevralgico da questão, dos acórdãos paradigmas, são díspares. Não se pode ter como acórdão paradigma enunciado geral, que somente confirma a legislação de regência, e assente em fatos que não coincidem com os do acórdão inquinado.

Estas as razões, portanto, para NÃO CONHECER do recurso especial da Contribuinte.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA